

02.1

L'apport partiel d'actif au profit d'une société étrangère



Anne-Lyse BLANDIN,
Expert-comptable,
Commissaire aux comptes
Associée, EY Société
d'Avocats



Frédérique DESPREZ,
Avocate associée,
EY Société d'Avocats



Marie-Amélie DEYSINE,
Avocate associée,
EY Société d'Avocats



Charles MÉNARD,
Avocat associé,
EY Société d'Avocats



Christine ROCHA,
Avocat, EY Société
d'Avocats

AVEC LA PARTICIPATION DE :

Ornella DESPRÉS,
Avocat, EY Société d'Avocats
Thibault FAIVRE-PIERRET,
Avocat, EY Société d'Avocats

Les opérations d'apport partiel d'actif s'inscrivent dans un cadre juridique, comptable et fiscal. En effet, au regard du droit des sociétés, ces opérations sont soumises à un cadre juridique protéiforme, qui entraîne nécessairement des situations de conflits de loi (V. § 1). La question de leur valorisation dépend tant du rôle de

la société française dans l'opération que de la nature des éléments apportés (V. § 7). Enfin, l'harmonisation européenne des règles fiscales applicables à ces opérations, que le législateur étend aux sociétés d'Etats tiers sous certaines conditions, permet aux acteurs économiques d'en sécuriser le traitement (V. § 12).

I. Traitement juridique

1. L'apport partiel d'actif entre sociétés commerciales permet à la société apporteuse de transférer à une société bénéficiaire un ensemble de biens (actifs et passifs) qui, dès lors qu'ils constituent une branche d'activité, peuvent se voir appliquer le régime de la transmission universelle du patrimoine, puisque le code de commerce offre la possibilité de soumettre l'apport partiel d'actif au régime des scissions. En contrepartie de ces apports, la société apporteuse reçoit des droits sociaux de la société bénéficiaire émis dans le cadre d'une augmentation de son capital social.

Si le code de commerce¹ prévoit la possibilité de soumettre

au régime des scissions les apports partiels d'actif entre sociétés commerciales de forme différente, **le droit français reste muet sur cette possibilité dans le cas d'un apport partiel d'actif qui serait transfrontalier**, c'est-à-dire, dans l'hypothèse qui nous concerne, un apport d'une branche d'activité emportant transmission universelle du patrimoine en faveur d'une société de droit étranger, située dans l'Union européenne.

À cette date, le droit de l'UE n'a pas fixé de cadre juridique harmonisé et la proposition de directive du 25 avril 2018, qui envisage de modifier la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, ne vise pas non plus les apports partiels d'actif transfrontaliers en tant que tels².

Quoi qu'il en soit, au regard du principe de la liberté

1 C. com., art. L. 236-2, al. 1er, sur renvoi de l'art. L 236-6-1 pour les apports partiels d'actif.

2 Seule est visée la scission partielle transfrontalière

d'établissement au sein de l'UE, les États membres qui admettent une telle opération en droit interne ne devraient pas faire échec à sa faisabilité en raison de son caractère transfrontalier. La jurisprudence³ a d'ailleurs levé le doute sur cette faisabilité.

En tout état de cause, s'agissant d'une matière relevant du droit international privé, les règles de conflits de lois devront s'appliquer : se posera dès lors la question de l'application distributive et/ou cumulative des lois en présence, à savoir les lois des sociétés participantes (la « *lex societatis* ») et du lieu de situation des biens apportés (la « *lex rei sitae* »).

Enfin, dans certaines circonstances, par exemple lorsque les éléments apportés ne constituent pas une branche d'activité, ou, lorsque la loi de la société bénéficiaire ne connaît pas le régime de l'apport partiel d'actif emportant transmission universelle du patrimoine, il conviendra d'envisager d'autres modalités de réalisation de l'opération, et notamment un « simple » apport en nature transfrontalier.

A. Apport partiel d'actif transfrontalier : la prégnance des lois des sociétés participantes

1° La répartition des lois en présence

2. En l'absence d'harmonisation, plusieurs lois ont vocation à s'appliquer, celle de l'apporteuse, celle de la bénéficiaire (les *lex societatis*) et celle de la situation des biens (la *lex rei sitae*).

La doctrine s'est penchée sur la question de savoir quelle loi devait être appliquée. Un auteur⁴, rejoint par d'autres⁵ dans son analyse, a notamment tenté d'y apporter une réponse claire. En application de la doctrine dominante, la *lex rei sitae* ne devrait s'appliquer que de manière résiduelle⁶ à savoir « pour admettre ou refuser le mécanisme de la transmission universelle ». Une telle opération emportant transmission universelle du patrimoine ne saurait, ainsi, être réalisée si la loi de situation des biens ne connaît pas un tel régime de transfert de propriété.

Toutefois, c'est la loi de situation des biens qui va régir les formalités devant être effectuées, en dépit de la transmission universelle du patrimoine. Ainsi, en est-il, par exemple, des

immeubles⁷ : l'apport d'un immeuble situé en France devra faire l'objet d'une publicité auprès du service de publicité foncière compétent pour que le droit de propriété soit opposable aux tiers.

Quoi qu'il en soit, en pratique, on relèvera que la *lex rei sitae* s'avèrera être la loi de la société apporteuse ou la loi de la société bénéficiaire soit parce que la société apporteuse apporte un ensemble d'actifs se situant sur son territoire, soit parce que la société bénéficiaire reçoit des actifs se situant sur son territoire.

En conséquence, dès lors qu'il sera préalablement constaté que les lois des sociétés participantes à l'opération connaissent du régime de la transmission universelle du patrimoine par voie d'apport, la *lex societatis* des sociétés participantes s'appliquera de manière distributive en ce qui concerne la décision et la procédure d'apport puisque « ces aspects relèvent du fonctionnement interne de chacune de ces sociétés ». En outre, les lois des sociétés participantes s'appliqueront de manière cumulative dans la mesure où certains aspects de l'opération seront régis cumulativement par ces deux lois.

Ainsi, s'agissant de l'application distributive des lois : les conditions de la décision d'apport seront soumises à la loi de la société apporteuse et les conditions de la décision d'augmentation de capital seront soumises à la loi de la société bénéficiaire.

En revanche, il faudrait vérifier cumulativement les deux lois en présence s'agissant de la qualification de la branche d'activité, laquelle qualification permettra la transmission universelle des actifs et passifs la composant. En outre, il conviendrait d'appliquer également cumulativement les deux lois s'agissant de la procédure d'apport (contenu du projet de traité, forme du projet de traité, publicité et procédure d'opposition des créanciers, intervention d'un commissaire à la « scission » et aux apports, etc.).

2° Points d'attention en droit des sociétés français : la qualification juridique de la branche d'activité et la solidarité entre société apporteuse et société bénéficiaire

3. Comme mentionné ci-avant, il faudra s'assurer de la transmission d'une branche d'activité tant au regard de la loi de la société apporteuse (qui serait dans notre hypothèse, une société de droit français) qu'au regard de la loi de la société bénéficiaire.

En l'occurrence, en droit français, le régime des scissions qui emporte transmission universelle du patrimoine apporté⁸ s'applique sur option de la société qui apporte une **partie de son actif** et de la société bénéficiaire de l'apport⁹, et en pratique cela se traduit par une mention dans le traité d'apport.

3 CA Versailles, 3 oct. 1996, n°10163/93. À notre connaissance, il n'y aurait pas eu, depuis lors, d'autres décisions significatives en la matière

4 M. Menjuq, Droit international et européen des sociétés : LGDJ, Coll. Précis Domat, 5^e éd., sept. 2018, § 389 et s.

5 C. Cathiard et A. Lecourt, La pratique du droit européen des sociétés : Joly éditions, Coll. Pratique des affaires, 2^e éd., mai 2017, § 496 et s.

6 Un auteur, commentant la décision de la Cour d'appel de Versailles susvisée, a semblé plus nuancer en affirmant qu'« Une certaine force d'attraction de la *lex rei sitae*, qui est celle qui permet de conférer un caractère universel au transfert, invite cependant à appliquer les règles [relatives à l'adoption du projet d'apport et à sa publicité] découlant de la *lex rei sitae* tout en respectant les formes du droit étranger [celui de la société apporteuse dans l'affaire commentée]. » (T. Tilquin : BJS févr. 1997, p. 116).

7 Article 3 du code civil.

8 V. not. Cass. com., 16 févr. 1988, n° 86-19.645 et Cass. civ. 2^e, 12 juil. 2001, n° 98-10.444.

9 C. com., art. L.236-6-1 et L. 236-22 pour les apports partiels d'actif réalisés entre SA et sociétés de forme assimilées. – C. com., art. L.236-24 pour les apports partiels d'actif réalisés entre SARL.

En outre, en l'absence de définition de l'apport partiel d'actif, la notion n'est pas cantonnée aux opérations portant sur une branche **complète** d'activité comme en matière fiscale. **Pour autant, un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions ne saurait concerner un bien isolé, c'est-à-dire sans apport du passif qui se rattache au bien apporté¹⁰.**

En application du principe de transmission universelle du patrimoine qui est la conséquence de l'application du régime des scissions, vont ainsi être transférés, au jour de l'apport, les actifs et passifs de la branche d'activité apportée y compris les passifs antérieurs non révélés à la date de l'apport¹¹. Néanmoins, **les sociétés participantes à l'apport pourront décider, d'un point de vue juridique, d'exclure expressément certains éléments¹² de la branche d'activité apportée**, en veillant toutefois à ce que l'exclusion d'éléments rattachables à la branche d'activité apportée ne vide pas celle-ci de sa substance. En outre, **un regard croisé juridique et fiscal est indispensable dans cet exercice, de telles exclusions pouvant avoir des conséquences au regard de l'application du régime fiscal de faveur.**

4. Un autre point retient également l'attention : le code de commerce français¹³ prévoit une **solidarité entre la société apporteuse et la société bénéficiaire**. Ainsi, la société apporteuse reste tenue avec la société bénéficiaire des dettes qu'elle a contractées et transmises à la bénéficiaire, à moins que le traité ait expressément écarté cette solidarité, ce qui est le cas le plus fréquent en pratique, les créanciers non obligataires des sociétés participantes bénéficiant alors d'un droit d'opposition de 30 jours à compter de la publication du projet de traité d'apport¹⁴.

Par conséquent, la société apporteuse ne devrait pas être recherchée pour un passif transmis, dès lors qu'elle aura transmis tout le patrimoine actif et passif attaché à la branche, et que le traité aura été publié dans les conditions prévues par la loi pour permettre aux créanciers de former opposition (laquelle opposition n'est toutefois pas suspensive pour l'achèvement de l'opération).

Dès lors, il est important de distinguer les conséquences d'un maintien de la solidarité entre les sociétés participant à l'opération, des éléments de passif que le traité d'apport aurait pu expressément exclure du transfert. Dans ce dernier cas, la solidarité, quand bien même aurait-elle été maintenue par le traité, ne jouera pas au regard de ce passif puisqu'il n'est pas transmis et qu'il reste dans le patrimoine de la société apporteuse.

¹⁰ La Cour de cassation a ainsi souligné le fait que les opérations en cause portaient sur une « branche d'activité », ou encore sur une « universalité de biens » sans, toutefois, se prononcer sur les critères permettant de déterminer les contours de la branche d'activité au sens du droit des sociétés (Par ex. Cass. com., 16 févr. 1988, n° 86-19.645 ou Cass. civ. 2^e, 12 juill. 2001, n° 98-10.444).

¹¹ Par ex. Cass. com., 5 mars 1991, n° 88-19.629.

¹² Par exemple, un passif antérieur à la date de l'apport, les immeubles dans lesquels l'activité est exploitée, un contrat commercial à risque que la bénéficiaire ne veut pas reprendre, etc.

¹³ C. com., art. L. 236-22 et L. 236-24 par renvoi aux art. L. 236-20 et L. 236-21.

¹⁴ C. com., art. R.236-8.

En définitive, au-delà de la simple option pour le régime des scissions, il faudra justifier du transfert d'éléments d'actifs et de passifs nécessairement liés entre eux pour constituer une branche d'activité, à défaut la solution pourra consister à réaliser un apport soumis au droit commun des apports en nature.

B. Apport en nature de droit commun transfrontalier

5. Là, encore les règles de conflits de lois devront s'appliquer.

D'une part, les conditions de la décision de l'opération devraient être soumises à la *lex societatis* des sociétés participantes. Ainsi, pour ce qui concerne la société apporteuse qui serait, dans notre cas, une société de droit français, la décision ne relèvera que du seul pouvoir des organes d'administration ou de direction¹⁵, sauf clause limitant les pouvoirs de ces derniers. Pour ce qui concerne la société bénéficiaire de droit étranger (en partant de l'hypothèse que celle-ci est déjà constituée), il conviendrait de respecter la procédure d'augmentation de capital applicable, au regard de sa propre loi, en cas d'apport en nature.

D'autre part, la *lex rei sitae* pourrait également devoir s'appliquer s'agissant en particulier **des modalités et des effets du transfert¹⁶**. Ainsi, pour l'hypothèse qui nous concerne, si les éléments apportés se situent en France (et non pas sur le territoire de la société bénéficiaire), il conviendra de respecter les contraintes du droit français qui sont inhérentes à la transmission de certains biens.

À la différence d'une opération soumise au régime des scissions et donc bénéficiant de la transmission universelle du patrimoine, un apport soumis au régime juridique de droit commun français des apports en nature, au niveau de la société française apporteuse, nécessite que l'ensemble des biens transmis soit expressément visés dans le traité. Ceux qui ne figurent pas dans le traité ne seront pas transmis.

¹⁵ Contrairement à l'apport partiel d'actif qui nécessite une décision collective des associés ou actionnaires au niveau non seulement de la bénéficiaire des apports mais aussi au niveau de l'apporteur.

¹⁶ En ce sens, M. Menjucq, Droit international et européen des sociétés, préc., § 389 et s.

II. Traitement comptable

6. Sur le plan comptable, la valorisation d'un apport transfrontalier et les problématiques liées dépendent des conditions de l'apport, branche complète d'activité ou non, du rôle de l'entité française, apporteuse ou bénéficiaire des apports, du contexte de l'apport, apport au sein d'un groupe ou impliquant des tiers.

A. Apport d'une branche complète d'activité à une société étrangère

7. Dans cette hypothèse, plusieurs cas de figure sont à distinguer, sachant que ce sont les règles comptables relatives aux fusions et opérations assimilées¹⁷ qui s'appliquent à l'entité française.

Lorsque l'entité française est l'apporteur, **les titres reçus en rémunération de l'apport sont enregistrés à son bilan à la valeur des apports telle qu'elle est indiquée dans le traité**. Il résulte de cette règle que les titres ne sont donc pas toujours comptabilisés à leur valeur réelle au bilan de la société française. Tel est le cas lorsque :

> **les apports ne sont pas valorisés à leur valeur réelle dans le traité**. Les règles du PCG relatives à la valorisation des actifs apportés n'étant pas applicables à l'entité étrangère bénéficiaire des apports, les actifs apportés peuvent être évalués, dans le traité, à la valeur réelle, à la valeur comptable ou à une autre valeur, selon la volonté des parties et selon les contraintes qui s'imposent à l'entité étrangère. Notons que, de ce fait, la société apporteuse française peut constater une plus-value d'apport même si l'opération transfrontalière est réalisée au sein d'un groupe (« sous contrôle commun ») ;

> **l'opération a un effet rétroactif** et qu'en conséquence, les actifs sont évalués dans le traité à la date de rétroactivité. Dans ce cas de figure, il est probable qu'au jour de leur comptabilisation, la valeur des titres reçus en rémunération de l'apport ne corresponde pas à la valeur des actifs qu'ils rémunèrent ;

> indépendamment de la date d'effet, **la valeur réelle des titres émis ne correspond pas à la somme des valeurs réelles individuelles des apports inscrites dans le traité**. Cette situation se rencontre fréquemment et s'explique en général par le fait que le cours de bourse des titres ne reflète pas nécessairement la valeur réelle des actifs sous-jacents. Elle peut également s'expliquer par la non-inscription de certains passifs dans le traité. Ce dernier cas est typiquement observé lorsque les actifs inclus dans la branche apportée ont une valeur réelle objective - par exemple un portefeuille de prêts pour une banque - mais que cette branche, dans sa globalité, ne présente pas en l'état, la rentabilité attendue. Afin de ramener la valeur des actifs à la valeur globale de la branche, les règles comptables françaises prévoient l'inscription, dans le traité, d'un passif nommé « *badwill* » qui peut correspondre notamment aux coûts de restructuration futures de la branche complète d'activité. Cette inscription

¹⁷ Règlement ANC n° 2014-03, articles 710-1 et suivants

permet de réduire l'actif net apporté et de comptabiliser les titres émis en rémunération à leur « vraie » valeur ; cela réduit la plus-value d'apport mais évite la constatation ultérieure d'une dépréciation sur titres. Même si les règles comptables de valorisation ne s'appliquent pas aux apports faits à une entité étrangère, la solution qu'elles proposent peut-être adoptée par les parties prenantes pour éviter toute mauvaise surprise post-apport, en particulier si les titres reçus sont destinés à être revendus (voir en ce sens le cas des apports cessions).

B. Apport d'une branche complète d'activité à une société française

8. Lorsque l'entité française est la société bénéficiaire des apports, les problématiques comptables sont liées à la comptabilisation des actifs reçus et au traitement post-opération de ces apports.

9. Concernant la **comptabilisation des actifs et passifs apportés**, ces derniers doivent être enregistrés au bilan de l'entité française pour le montant indiqué dans le traité d'apport, quelle que soit la méthode retenue pour leur valorisation (valeur comptable, valeur réelle ou toute autre valeur contractuelle). À ce propos, il convient de noter que, depuis la mise à jour du règlement sur les fusions et opérations assimilées applicable à compter de 2017, la valorisation des apports dans les traités transfrontaliers n'est plus réglementée par le Plan Comptable Général (PCG)¹⁸. Toutefois, l'Autorité des Normes Comptables (ANC) recommande d'appliquer les règles de valorisation préconisées par le PCG pour les opérations franco-françaises « *en l'absence de réglementation relative à la valorisation des apports dans le pays où est établie l'entité étrangère* ». Ainsi, en pratique, les apports transfrontaliers sont en général effectués à la valeur réelle lorsqu'ils sont réalisés entre entités sous contrôle distinct, à la valeur comptable lorsqu'ils sont réalisés entre entités sous contrôle commun sous réserve que des contraintes comptables mais aussi fiscales, juridiques, etc. n'imposent pas à l'entité étrangère de retenir la valeur réelle. Par exemple, si l'entité apporteuse étrangère est imposée sur les plus-values d'apport calculées selon la valeur réelle des actifs apportés, il sera préférable de retenir ces mêmes valeurs dans le traité afin de permettre, le cas échéant, l'amortissement sur une base réévaluée de ces actifs dans les comptes de l'entité française.

¹⁸ Commentaire de l'article 720-1 du PCG figurant dans le recueil de l'ANC : « *Opérations entre une entité absorbante ou bénéficiaire des apports française et une entité absorbée ou apporteuse étrangère (opérations dites transfrontalières) : « Comme le traité d'apport résulte d'un accord entre les parties dont l'une n'est pas soumise à la réglementation comptable française, les règles de valorisation des actifs et des passifs définies aux articles 743-1 à 743-3 et 744-1 et 744-2 ne peuvent donc pas être imposées à cette dernière. Toutefois, en l'absence de réglementation relative à la valorisation des apports dans le pays où est établie l'entité étrangère, il conviendrait de déterminer les valeurs d'apports selon les mêmes modalités que pour les opérations réalisées entre entités établies en France. De plus, les opérations de fusions et opérations assimilées présentant des caractéristiques comparables devraient être traitées de manière identique. »*

10. Concernant le **suivi ultérieur des actifs et passifs apportés**, l'apport transfrontalier peut avoir un impact sur les capitaux propres de l'entité française lorsqu'il est effectué à la valeur comptable. En effet, en cas d'opération réalisée à la valeur comptable, se pose la question de l'harmonisation des méthodes comptables post-apport. Sur ce point, des précisions sont fournies par la dernière mise à jour du règlement de l'ANC sur les fusions et opérations assimilées. Ainsi, il est obligatoire de retraiter du bilan les actifs et passifs reçus qui ne répondent pas aux définitions données par le PCG. Par exemple, l'entité étrangère peut avoir à comptabiliser à son actif, conformément à ses propres règles comptables, des charges à étaler. Elle peut également avoir à constater un passif de restructuration alors que cette dernière n'était pas encore annoncée, condition nécessaire pour qu'une provision de ce type soit comptabilisée selon les règles françaises. Dans ces deux hypothèses, l'entité française bénéficiaire des apports doit annuler, en contrepartie du report à nouveau, l'actif (les charges à étaler) et le passif (la provision pour restructuration) qui ne répondent pas à la définition des actifs et des passifs selon le PCG. Ainsi, alors qu'un apport à la valeur comptable devrait être neutre sur les capitaux propres des parties prenantes, les divergences de normes comptables dans les opérations transfrontalières peuvent entraîner des impacts non anticipés sur les capacités distributives de l'entité bénéficiaire française.

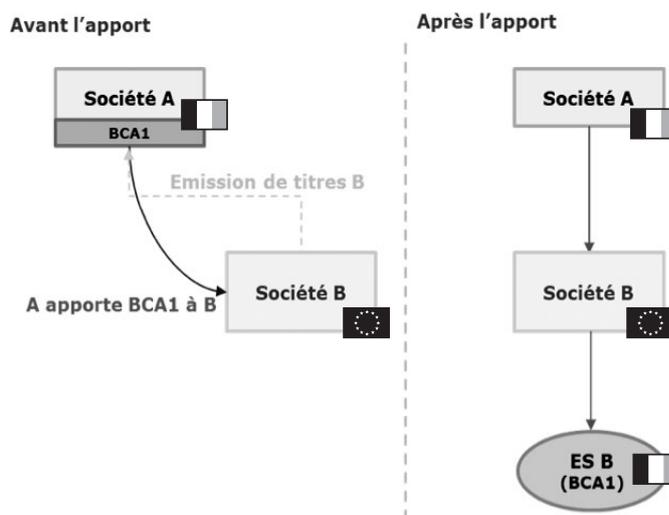
C. Apport ne portant pas sur une branche complète d'activité

11. Dans ce cas, peu importe la situation des entités (appartenance au même groupe ou non), entité française apporteuse ou non, **l'apport devra, en principe, être valorisé à la valeur réelle pour les besoins de sa comptabilisation dans l'entité française (qu'elle soit apporteuse ou bénéficiaire des apports)**. En effet, l'apport est alors considéré comme un échange par le PCG¹⁹. Or, les actifs ou les titres reçus par voie d'échange doivent être comptabilisés à leur valeur vénale à moins que cet échange soit considéré comme sans substance commerciale, c'est-à-dire que les flux de trésorerie restent inchangés avant et après l'opération en termes de risque, calendrier ou montant²⁰. À l'exception de certains apports de titres à une coquille vide, l'échange aura en général toujours une substance commerciale. En conséquence, que ce soient les actifs reçus par la société française bénéficiaire de l'apport ou les titres émis en rémunération de l'apport reçus par la société apporteuse française, ils devraient être inscrits dans les comptes à leur valeur réelle et dégager, le cas échéant, une plus ou moins-value d'apport.

¹⁹ Règl. ANC n° 2014-03, art. 213-2.

²⁰ Règl. ANC n° 2014-03, art. 213-3.

III. Traitement fiscal



12. Les opérations d'apport partiel d'actif au profit d'une société étrangère ont vu leur régime évoluer à la suite de l'entrée en vigueur de l'article 23 de la deuxième loi de finances rectificative pour 2017. Ce texte, qui donne une définition précise de l'apport partiel d'actif en reprenant celle figurant à l'article 2 de la directive fusions²¹, permet de soumettre les opérations d'apport partiel d'actif au profit d'une société étrangère au régime de faveur des fusions au même titre que les opérations purement internes, c'est-à-dire de plein droit et sans engagement de conservation des titres, sous réserve que les éléments apportés caractérisent une branche complète d'activité et soient rattachés à un établissement stable de la personne morale étrangère situé en France²². La procédure d'agrément préalable antérieurement codifiée à l'article 210 C du CGI a donc été supprimée pour les opérations réalisées à compter du 1^{er} janvier 2018.

Prenant acte de l'arrêt *Euro Park Services* de la CJUE²³, le législateur français s'est efforcé de mettre en conformité le régime national de faveur en matière de restructuration au regard des exigences de la directive fusions et du droit primaire de l'Union européenne.

A. Principales innovations de la LFR 2017

13. L'article 210 B du CGI est modifié afin de **supprimer l'exigence du respect par la société apporteuse d'un engagement de conservation de trois ans des titres remis à la suite de l'apport dès lors que l'apport partiel d'actif porte sur « une ou plusieurs branches complètes d'activité ou d'éléments**

²¹ L'article 210-0 A du CGI définit les opérations d'apport partiel d'actif comme celles « par lesquelles une société apporte, sans être dissoute, l'ensemble ou une ou plusieurs branches complètes de son activité à une autre société, moyennant la remise de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire de l'apport ».

²² CGI, art. 210 C

²³ CJUE, 8 mars 2017, C-14/16, *Euro Park Service*.

assimilés». Il est prévu que la plus-value ultérieure sera calculée en fonction de la valeur que les biens apportés avaient du point de vue fiscal dans les écritures de l'apporteuse. Le texte substitue ici une règle d'assiette à l'engagement qui devait être pris antérieurement. L'application du régime de faveur n'est ainsi plus subordonnée à la prise d'un engagement formel portant sur cette modalité d'imposition.

Rappelons tout de même que les différentes conditions prévues à l'article 210 A du CGI – qui n'est pas modifié – doivent également être respectées. L'on pense par exemple à l'engagement de la société bénéficiaire de l'apport de reprendre à son passif les provisions dont l'imposition est différée, à l'obligation pour la société bénéficiaire de se substituer à la société apporteuse pour la réintégration des résultats dont la prise en compte avait été différée pour l'imposition de cette dernière, ou encore à l'obligation d'inscrire à son bilan les éléments autres que les immobilisations pour la valeur qu'ils avaient dans les écritures de la société apporteuse.

En ce qui concerne le champ d'application, le texte prévoit que les sociétés ayant leur siège dans un État ou territoire n'ayant pas conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales sont exclues du nouveau régime²⁴. Le terme de « *société étrangère* » utilisé ici doit donc s'entendre au sens d'une société située dans un État membre de l'UE, ou dont le siège est situé dans un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

14. L'autre nouveauté principale introduite par le texte est **l'ajout à l'article 210-0 A du CGI d'une clause anti-abus**, aux termes de laquelle le régime de faveur ne saurait être applicable dans le cas des « *opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif ayant comme objectif principal ou comme un de leurs objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales* ». Lorsque l'opération « *n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables* », il existe une présomption simple de fraude susceptible d'être renversée par le contribuable.

L'introduction de cette clause anti-abus suscite notamment une question procédurale, qui a trait à la possibilité offerte au contribuable d'apporter la preuve contraire dans les cas où l'administration parviendrait à démontrer que l'opération n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables. En effet, le texte précise que cette preuve contraire est « *appréciée dans le cadre d'une procédure de contrôle contradictoire* ». Les commentaires de l'administration reprennent à l'identique la formulation de la loi et n'explicitent pas ce point. L'on peut dès lors se demander s'il est possible pour le contribuable d'apporter une telle preuve contraire au cours de la procédure contentieuse, et plus particulièrement si le contribuable est à même de produire lors de la phase contentieuse des documents qu'il n'aurait pas produits lors de la phase de contrôle²⁵.

15. En outre, une **nouvelle procédure de rescrit** permet au contribuable de demander à l'administration la confirmation que l'opération qu'il envisage de réaliser ne pose pas de difficulté au regard de la clause anti-abus²⁶. L'administration précise à cet égard que cette procédure n'est ouverte que pour les opérations éligibles de plein droit au régime de faveur. En revanche, au vu du mécanisme de garantie contre les changements de doctrine, l'on peut se poser la question de savoir si pour être opposable, la réponse de l'administration doit intervenir avant la date limite de dépôt des déclarations afférentes à l'exercice au cours duquel a lieu l'opération. Les commentaires publiés à ce jour ne donnent pas de précisions sur ce point.

16. Autre modification notable, la société apporteuse est tenue de souscrire une **déclaration spécifique dans le même délai que la déclaration de résultat de l'exercice au cours duquel l'opération a été réalisée**. Cette déclaration mentionne la nature et la date de réalisation de l'opération, l'identité – noms et adresses – et les liens capitalistiques de toutes les parties prenantes, y compris le cas échéant l'établissement stable français de la société étrangère. Elle doit également comprendre la nature de l'activité exercée par la personne morale étrangère, la justification économique de l'opération dans son ensemble, les opérations préalables et subséquentes à l'opération ainsi que les conséquences économiques et fiscales de celle-ci²⁷.

Le défaut de production d'une telle déclaration est sanctionné par une amende de 10 000 € prévue à l'article 1760 bis du CGI.

17. Au-delà des considérations d'ordre général développées ci-dessus, le traitement fiscal d'une opération d'apport partiel d'actif à une société étrangère diffère selon que l'apport porte sur une branche complète d'activité (B), des éléments assimilés à une branche complète d'activité (C) ou des éléments n'entrant dans aucune des deux catégories précitées (D).

B. Apport d'une branche complète d'activité à une société étrangère

18. Comme exposé ci-avant, aux termes de l'article 210 C du CGI, les opérations d'apport d'une branche complète d'activité à une société étrangère ne peuvent bénéficier du régime de faveur qu'à condition que les éléments d'actif et de passif composant la branche complète d'activité soient rattachés à un établissement stable de la société étrangère bénéficiaire de l'apport en France. Cette règle, qui est une stricte transposition de la directive fusions, a pour objet d'éviter que les éléments apportés ne quittent la souveraineté fiscale française à l'issue de l'opération. Il s'agit de la même règle que celle mentionnée dans le cadre des opérations de fusion transfrontalières.

Cependant, la loi ne donne pas de définition de l'établissement stable. Si le modèle de convention fiscale de l'OCDE

24 BOI-IS-FUS-10-20-20, § 180, dans sa version à jour au 9 janvier 2019.

25 Pour plus de détails sur les interrogations quant à la clause anti-abus, V. FI 1-2019, n° 4.4.1.

26 LPE, art. 80 B, 9°.

27 CGI, ann III., art. 46 quater-0 ZS ter.

tente d'apporter des éléments de réponse, de même que les commentaires de l'administration fiscale²⁸, il conviendra de s'assurer pour chaque opération que la branche complète d'activité apportée suffit à constituer un établissement stable en France au sens de la convention fiscale applicable. Il existe donc un risque qu'une même opération d'apport soit traitée différemment en ce qui concerne l'application du régime de faveur selon l'État de résidence de la société bénéficiaire de l'apport.

L'obligation d'affecter les éléments d'actif et de passif composant la branche complète d'activité apportée à un établissement stable en France pourrait également empêcher la libre répartition des éléments d'actif et de passif apportés lors de l'opération entre l'établissement stable français et la société étrangère. En effet, pas plus la directive fusions que le droit interne n'imposent à la société bénéficiaire d'affecter l'ensemble des éléments d'actif et de passif apportés à un établissement stable français. Il s'en déduit cependant que le sursis d'imposition ne sera automatiquement acquis que pour les plus-values afférentes aux éléments d'actif rattachés à l'établissement stable. Toutefois, si la société étrangère n'est pas en mesure de démontrer que les éléments affectés à ce dernier suffisent à caractériser l'existence d'un établissement stable en France au regard de la convention fiscale applicable, il existe un risque de non-application ou de déchéance du régime pour l'opération en cause.

Enfin, si la loi est muette quant au point de départ à retenir pour apprécier la durée de détention des titres pour bénéficier du régime des plus et moins-values à long terme lors de leur cession ultérieure, l'administration a pris position sur ce point en précisant dans ses commentaires publiés sur la base BOFIP que les titres reçus en rémunération de l'apport sont réputés être détenus par la société apporteuse à compter de leur date d'inscription à l'actif de son bilan²⁹. Ainsi, la cession ultérieure de ces titres ne pourra relever du régime du long terme qu'à l'issue d'un délai de deux ans, sous réserve du respect des autres conditions posées pour l'application de ce régime.

C. Apport à une société étrangère d'éléments assimilés à une branche complète d'activité

19. L'article 210 B du CGI précise que le régime de faveur s'applique aux opérations d'apport partiel d'actif portant sur des éléments assimilés à une branche complète d'activité.

20. Avant l'entrée en vigueur de la 2^e loi de finances rectificative pour 2017, la notion d'apport d'éléments assimilés à une branche complète d'activité recouvrait d'une part l'apport de participations portant sur plus de la moitié du capital social d'une société et d'autre part l'apport (i) de participations conférant à la société bénéficiaire la détention directe de plus de 30 % des droits de vote de la société dont les titres étaient apportés lorsque aucun autre associé ne détenait une

fraction des droits de vote supérieure ou (ii) de participations permettant à la société bénéficiaire qui détenait déjà plus de 30% des droits de vote de la société dont les titres sont apportés d'acquies la fraction de droits de vote la plus élevée dans la société.

Le texte a élargi la définition d'éléments assimilés à une branche complète d'activité en ajoutant le **cas de l'apport de titres venant renforcer une participation majoritaire**. L'administration précise à cet égard qu'il n'est pas tenu compte de la nature de l'opération par laquelle la société bénéficiaire de l'apport est devenue majoritaire³⁰.

Contrairement à la règle applicable en cas d'apport d'une branche complète d'activité à une société étrangère, l'apport d'éléments assimilés n'entraîne pas d'obligation pour la société étrangère d'affecter les titres apportés à un établissement stable en France. Cette exception est cohérente avec celle prévue en cas de fusion transfrontalière d'une société holding ayant pour seule activité la détention de participations. Elle ne figure pas dans la loi mais dans les commentaires de l'administration fiscale, qui précisent que l'obligation d'affecter les éléments apportés à un établissement stable en France ne s'applique pas lorsque les éléments apportés sont exclusivement constitués de titres de participation au sens fiscal³¹. Les titres apportés quittent donc la souveraineté fiscale française mais la plus-value d'apport reste imposable en France en vertu du 2 de l'article 210 B³².

21. Tirant les conséquences du caractère intercalaire des opérations placées sous le régime de faveur, affirmé par le Conseil d'État en 2013³³ et illustré par une lecture *a contrario* de l'arrêt *Pierre et Vacances* rendu en 2018³⁴, le législateur est venu cette année modifier l'article 210 B du CGI afin de **préciser la date à partir de laquelle les titres reçus en rémunération de l'apport sont réputés être entrés dans le patrimoine de la société apporteuse**. Ainsi, dans la situation où l'apport porte sur des titres de participation assimilés à une branche complète d'activité, « *la société apporteuse est réputée détenir les titres remis en contrepartie de l'apport depuis la date à laquelle celle-ci a acquis les éléments apportés* »³⁵.

Dès lors que la société apporteuse détenait les titres de participation apportés depuis plus de deux ans, le caractère intercalaire de l'apport réalisé permet à cette dernière de bénéficier du régime du long terme y compris dans l'hypothèse où elle procède à la cession des titres de la société étrangère dès leur réception. Il conviendra cependant de veiller à justifier économiquement la réalisation d'une telle opération, notamment au regard de l'application de la clause anti-abus prévue à l'article 210-O A. En effet, les commentaires administratifs

30 BOI-IS-FUS-20-40-20, 3 oct. 2018, § 55.

31 BOI-IS-FUS-10-20-20, 9 janv. 2019, § 100.

32 « *Les plus-values de cession afférentes aux titres remis en contrepartie de l'apport sont calculées par référence à la valeur que les biens apportés avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures de la société apporteuse.* »

33 CE, 11 févr. 2013, n° 356519, Min. c/ Sté Heineken France.

34 CE, 19 mars 2018, n° 399868, Min. c/ SA Pierre et Vacances, à propos du délai de détention de 2 ans applicable en matière de régime mère-fille.

35 CGI, art. 210 B tel qu'il résulte de l'article 35 de la loi de finances pour 2019.

28 BOI-IS-CHAMP-60-10-10, 21 juin 2014, § 90 à 160.

29 BOI-IS-FUS-20-40-30, n°160, dans sa version à jour au 9 janvier 2019

précisent que « les apports de participations assimilés à une branche complète d'activité à une société étrangère dans le but principal de bénéficier d'un régime d'exonération de taxation des plus-values de cession à l'étranger sont susceptibles d'être considérés comme ne poursuivant pas un motif économique valable pour l'application de la clause anti-abus »³⁶. L'administration ne devrait donc pas manquer d'apporter un soin tout particulier au contrôle de ce type d'opérations.

22. En outre, la question se pose de savoir comment déterminer le point de départ du délai de détention des titres de la société bénéficiaire lorsque l'**apport qui forme une branche complète d'activité comprend à la fois des éléments d'actif et de passif et des titres de participation**. Si ces derniers peuvent être effectivement considérés comme des composantes de la branche d'activité, alors leur nature de titres de participation devrait rester indifférente pour déterminer le point de départ du délai de détention des titres de la société bénéficiaire entre les mains de la société apporteuse : tous les titres de la société bénéficiaire rémunérant l'apport devraient être soumis au même régime et être regardés comme détenus par la société apporteuse au jour de leur inscription à son actif; en revanche, s'il était considéré que les éléments d'actif et de passif, d'une part, et les titres de participation, d'autre part, conservent chacun leur caractère au regard du point de départ du délai de détention, les titres de la société bénéficiaire émis lors de l'apport devraient être répartis selon les éléments transférés qu'ils rémunèrent. Dans cette configuration, les titres de la société bénéficiaire rémunérant les titres de participation apportés seraient réputés détenus par la société apporteuse depuis leur date d'inscription à son bilan. Cette conception d'un « apport-scission » fondé sur la nature des éléments transférés apparaîtrait cependant contraire à la logique globalisatrice qui sous-tend la notion de « branche complète d'activité ».

23. Enfin, une problématique similaire apparaît dès lors que l'**apport porte sur plusieurs lignes de titres de participation**, qui n'ont bien entendu pas toutes la même valeur fiscale. Si la doctrine administrative n'aborde pas cette situation, il pourrait être envisagé que la plus-value de cession des titres de la société bénéficiaire reçus en rémunération de l'apport soit déterminée à partir de la valeur fiscale des titres apportés, proportionnellement à leur poids respectif dans le total des participations apportées.

D. Apport à une société étrangère relevant de la procédure d'agrément

24. Si l'application du régime de l'article 210 A aux opérations de restructurations transfrontalières ne nécessite plus l'obtention systématique d'un agrément sous l'empire du texte actuel, le législateur a néanmoins prévu que certaines opérations d'apport – transfrontalières ou internes – ne pourront être soumises au régime de faveur qu'à la condition d'obtenir

un agrément, délivré dans les conditions prévues à l'article 1649 nonies du CGI. Il en va ainsi des opérations d'**apport d'éléments qui ne peuvent être qualifiés ni de branche complète d'activité, ni d'éléments assimilés à une branche complète d'activité**.

Les **conditions de** délivrance de cet agrément diffèrent légèrement de celles de l'ancienne procédure applicable à l'ensemble des opérations transfrontalières. Le texte exige à présent que l'opération soit « justifiée par un motif économique, se traduisant notamment par l'exercice par la société bénéficiaire de l'apport d'une activité autonome et l'amélioration des structures, ainsi que par une association entre les parties »³⁷. Le texte substitue à l'ancien « ou » un « et » qui a fait craindre la nécessité d'un cumul de ces deux conditions.

Concernant l'exercice d'une activité autonome, l'administration reprend dans ses derniers commentaires les critères existants, en ajoutant seulement que les moyens de la société bénéficiaire pour exercer cette activité s'apprécient « notamment en termes de personnel »³⁸. En revanche, elle n'explique la seconde condition, qui fait l'objet d'un paragraphe distinct dans la nouvelle version du BOFIP, que dans l'hypothèse d'un apport de titres en donnant l'exemple des « opérations d'apport de titres se traduisant par une simplification des structures juridiques existant au sein d'un groupe permettant la constitution de pôles d'activités »³⁹. Les précisions apportées par cette mise à jour semblent donc signifier que **la seconde condition trouverait à s'appliquer en cas d'apport de titres tandis que la première concernerait l'apport d'autres actifs, ce qui exclurait l'idée de cumul induite par la lettre du texte**. Une telle interprétation est rendue d'autant plus vraisemblable par l'utilisation de l'adverbe « notamment » dans la formulation retenue par le législateur.

Le texte vient en outre préciser que l'association entre les parties est « formalisée par un engagement de conservation des titres remis en contrepartie de l'apport pendant trois ans ». Ce faisant il légalise une exigence qui figurait auparavant dans la doctrine de l'administration fiscale mais qui avait été jugée contraire à la loi par le juge de l'impôt dans un jugement, frappé d'appel, *Sté Oberthur Technologies*⁴⁰. Ainsi, l'engagement de conservation, supprimé en cas d'opération portant sur une branche complète d'activité ou des éléments assimilés, demeurera en revanche nécessaire lorsque les contribuables souhaiteront bénéficier de ce régime dans le cadre de la procédure d'agrément.

Le texte ajoute également que l'agrément ne peut être délivré que dans la mesure où l'article 210-O A est respecté. Or cet article reprend en réalité la définition de l'apport partiel d'actif de la directive fusion et inclut donc la notion de branche complète d'activité dans cette définition. Une lecture littérale de l'article conduirait donc à exclure du champ de l'agrément toutes les opérations d'apport partiel d'actif ne portant pas sur une branche complète d'activité. Cependant, il est manifeste qu'une telle lecture ne saurait être retenue compte tenu de

37 CGI, art. 210 B, 3, a.

38 BOI-SJ-AGR-20-10, 9 janv. 2019, § 60.

39 BOI-SJ-AGR-20-10, 9 janv. 2019, § 100

40 TA Montreuil, 8 juin 2017, n° 1510089 et 1600726.

36 BOI-IS-FUS-10-20-20, 9 janv. 2019, § 193.

l'économie du régime. Il paraîtrait en effet peu cohérent que la procédure d'agrément ne soit ouverte qu'aux opérations bénéficiant de plein droit du régime de faveur !

L'on rappelle enfin qu'au même titre que le respect des conditions générales d'application de plein droit du régime de faveur énoncées ci-dessus s'impose, celui de la condition tenant au rattachement des éléments apportés à un établissement stable français de la société étrangère est nécessaire à l'obtention de l'agrément⁴¹.

Par ailleurs, la question de la divergence d'appréciation entre administrations fiscales au regard de la définition d'établissement stable qui se posait dans le cadre de l'apport d'une branche complète d'activité ou dans le cas des fusions transfrontalières, particulièrement dans le cas des sociétés holding mixtes (V. FI 1-2019, n° 02.3), trouve aussi une résonance dans le cadre des opérations décrites au présent paragraphe.

41 BOI-SJ-AGR-20-10, n° 360, dans sa version à jour au 9 janvier 2019

Il existe donc aussi un risque réel de double imposition dans le cadre de l'ensemble des opérations soumises au régime de faveur sur agrément qui impliquent le maintien d'un établissement stable en France.

E. Synthèse des spécificités propres aux différentes opérations d'apport à une société étrangère

25. Le tableau ci-après présente une synthèse des spécificités attachées aux apports faits à une société étrangère selon qu'ils portent sur :

- une branche complète d'activité,
- des éléments assimilés à une branche d'activité,
- ou sur un ensemble d'éléments susceptible de bénéficier du régime de faveur sur agrément.

Apport à une société étrangère	Agrément	Rattachement des apports à un ES français de la bénéficiaire	Engagement de conservation des titres reçus en rémunération de l'apport	Date d'acquisition chez l'apporteuse des titres reçus en rémunération
Apport d'une branche complète d'activité	Non	Oui	Non	Date d'inscription à l'actif des titres
Apport d'éléments assimilés à une branche complète d'activité	Non	Non	Non	Date d'acquisition des titres apportés
Autres apports	Oui *	Oui	Oui : 3 ans	Date d'inscription à l'actif des titres

* Sur les conditions que l'opération doit remplir pour être éligible à un agrément, V. § 24.